

LA NUEVA DOCTRINA SOBRE LA RETRIBUCION DE LAS VACACIONES



Universitat Autònoma
de Barcelona

TRABAJO DE FIN DE GRADO
GRADO DE RELACIONES LABORALES
CURSO 2016-2017

AUTORA: SANTOLARIA SUAREZ, ANDREA

TUTOR: ANTRAS PUCHAL, MARC

10/05/2017

INDICE

1. INTRODUCCION
2. ANTECEDENTES DE SENTENCIAS ESTUDIADAS
3. EL SISTEMA NORMATIVO DEL DERECHO A VACACIONES EN EL
AMBITO LABORAL
 - a. LAS NORMAS INTERNACIONALES
 - i. CARTA DERECHOS FUNDAMENTALES UNION EUROPEA
 - ii. DIRECTIVA 2003/88
 - iii. CONVENIO 132 OIT
 - b. CONSTITUCION ESPAÑOLA
 - c. ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES
4. EL PAPEL DEL CONVENIO COLECTIVO EN LA CUNTIFICACION DEL
SALARIO DE VACACIONES
5. LA RETRIBUCION COMO ELEMENTO DEL DERECHO DE LAS
VACACIONES
 - a. LA CUANTIA DE LA RETRIBUCION: EL SALARIO NORMAL
 - b. PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA COMO CRITERIO GENERAL
 - c. COMPLEMENTOS SALARIALES
 - i. COMPLEMENTOS PERSONALES
 - ii. COMPLEMENTOS DE PUESTO DE TRABAJO Y POR
CALIDAD O CANTIDA DE TRABAJO
 1. INCLUSION DE LOS COMPLEMENTOS FIJOS DE
CARRERA COMERCIAL Y DISPONIBILIDAD
 2. INCLUSION DE LAS COMISIONES O INCENTIVOS
HABITUALES
 - iii. COMPLEMENTOS EN ESPECIE
 - iv. SITUACION Y RESULTADO DE LA EMPRESA
 1. EXCLUSION DEL BONO ANUAL POR OBJETIVOS
6. CONCLUSIONES
7. BIBLIOGRAFIA

ABREVIATURAS

- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- OIT: Organización Internacional del Trabajo
- TS: Tribunal Supremo
- TSJ: Tribunal Superior de Justicia
- TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
- BOE: Boletín oficial del Estado.
- CE: Constitución Española
- ET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
- CC: Convenio colectivo
- CGT: Confederación General del Trabajo
- CCOO: Comisiones Obreras
- UE: Unión Europea
- Art.: Artículo

RESUMEN

La retribución del periodo de vacaciones plantea problemas a la hora de recibir ciertos conceptos retributivos variables que solamente se perciben cuando efectivamente el trabajador desempeña sus funciones en su puesto de trabajo. La normativa internacional y europea establecen que en todo caso el trabajador deberá percibir durante el periodo de vacaciones una retribución normal o media de sus percepciones habituales, de manera que se garantice el efectivo descanso del trabajador y no suponga dicho disfrute una pérdida económica. Los convenios colectivos conforme a lo que dispone tanto la norma internacional como nacional podían regular y determinar los conceptos que se incorporaban en la retribución hasta la distorsión de este cálculo “normal o medio” hasta el punto de hacerlo irreconocible, esto ya no es así puesto que el 8 de junio de 2016 el Tribunal Supremo dictó dos sentencias que cambiaban parcialmente su doctrina sobre la retribución de las vacaciones. Imponiendo a los Tribunales un examen casuístico de cada supuesto concreto para alcanzar así una conclusión respetuosa con las prescripciones legales, nacionales y de la Unión Europea, pero que a la vez satisfaga la finalidad de dicho descanso efectivo. Este trabajo se centra en analizar la doctrina anterior del Tribunal Supremo y ver los cambios significativos que han introducido estas dos nuevas sentencias.

1. INTRODUCCION

Son varios los países que plantean cuestiones prejudiciales sobre las vacaciones y su remuneración ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y éste ha estado aportando unas directrices con el fin de aclarar la forma de interpretar las Directivas y Convenios Europeos sobre la materia. Como consecuencia de estas resoluciones se ha producido una influencia en nuestros jueces y tribunales que han dado como resultado que se hayan modificado sentencias arraigadas temporalmente. El TJUE reafirma el derecho a vacaciones retribuidas como un principio del derecho social comunitario con el fin de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores.

Las decisiones aportadas por el TJUE se han centrado en discernir si la legislación nacional se oponía a lo que se determinaba en los instrumentos internacionales que regulaban las vacaciones y su remuneración, de los cuales hay que destacar el Convenio número 132 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y las Directivas procedentes del Parlamento y el Consejo de la Unión Europea.

La regulación de este derecho se ha caracterizado por una regulación normativa excesivamente imprecisa, posiblemente para dar más libertad a la autonomía colectiva e incluso a pactos individuales para que, con este acuerdo, se consiguiese un equilibrio entre el derecho del trabajador a disfrutar de un descanso anual remunerado y las necesidades productivas de la empresa que se pueden ver afectadas al reducirse el número de trabajadores en estos periodos.

Tal es esta imprecisión que los tribunales venían defendiendo una doctrina acostumbrada a decir que “los conceptos salariales que deben de ser incluidos en la retribución de las vacaciones tienen que estar determinados por el Convenio Colectivo y en el caso de que en el mismo nada se regule a tal efecto se podrá aplicar la solución que se desprende del Convenio 132 de la OIT y considerar que deben incluirse todas aquellas retribuciones regules y ordinariamente percibidas por el trabajador”¹. Por tanto, la negociación colectiva se coloca en un primer plano a la hora de resolver la cuestión.

¹ STSJ de Cataluña 2 de noviembre de 1999, (Aranzadi, AS 1999/3961).

Sin embargo, las sentencias del Tribunal Supremo 496/2016 y 497/2016 del 8 de junio, ha cambiado toda esta doctrina que venía defendiendo el tribunal. Ahora, éste destaca la transcendencia del convenio 132 OIT y su artículo 7.1 en el cual se establece el percibo de la “remuneración normal o media” que el trabajador percibe en los meses de actividad. Esta rectificación se basa tanto en la doctrina del TJUE como en el artículo mencionado del Convenio 132 OIT.

En definitiva, el objetivo de este trabajo es analizar cómo la jurisprudencia europea y la española han ido conformando el derecho al disfrute de vacaciones de las personas empleadas por cuenta ajena y el cambio que ha sufrido esta doctrina derivada de las sentencias del Tribunal Supremo 496/2016 y 497/2016 del 8 de junio de 2016.

2. ANTECEDENTES DE SENTENCIAS ESTUDIADAS

El pleno del Tribunal Supremo dictó dos sentencias, en recurso de casación, sobre la retribución aplicable al periodo de vacaciones, las cuales rectificaron parcialmente su anterior doctrina sobre el asunto.

- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 497/2016 DEL 8 DE JUNIO DE 2016

En esta sentencia, la controversia se fundamentaba sobre si, de acuerdo con el VI Convenio Colectivo de Telefónica Móviles España (BOE 19 junio 2013), los trabajadores durante las vacaciones tenían derecho a percibir el promedio de los siguientes complementos salariales establecidos en los siguientes artículos:

- *Art. 38 Retribución variable. Incentivos. - Los trabajadores percibirán en función de los resultados de la revisión anual del desempeño, del periodo de prestación efectiva de servicios y del grado de cobertura tanto de los objetivos de negocio como de los objetivos individuales que se les asignen y al cumplimiento de los requisitos exigibles en cada caso, los incentivos de carácter anual que pueden establecerse (...). Al cumplimiento del nivel de excelencia de todos los objetivos asignados*

estos incentivos tendrán una cuantía anual de hasta el 10 % de la retribución fija de cada trabajador. Estos incentivos se devengarán y abonarán, en su caso, dentro del primer cuatrimestre del año siguiente al que se refieren, y para tener derecho a los mismos será condición inexcusable estar en situación de alta en la Empresa, en la fecha de su pago. A estos efectos las situaciones de baja por enfermedad, maternidad o accidente, y los permisos con o sin sueldo, se considerarán asimilados al alta (...)

- *Art. 39.-Carrera Comercial. - La Carrera Comercial tiene como objetivo principal potenciar la profesionalidad de los empleados dedicados a las actividades de venta, definiendo un marco de carrera profesional, que permita situar al cliente en el centro de nuestros procesos para dar respuesta a sus necesidades para obtener las máximas cuotas de satisfacción por la calidad de nuestros servicios e impulsar de nuestro Negocio (...). Cada uno de los niveles de desarrollo tiene asociado una gratificación funcional, de carácter fijo y no sujeto a revalorización, que se percibe mensualmente en 14 pagas, cuyas cantidades durante la vigencia de este convenio serán las siguientes: (...). La retribución variable de los profesionales de las Áreas Comerciales adscritos a Carrera Comercial vendrá determinada por las condiciones y requisitos de los Planes de Incentivos Comerciales, con los módulos de retribución que en el mismo se establezcan para los diferentes niveles de puesto de trabajo. Para los empleados que se adscriban a la carrera comercial se unifica en un único concepto la retribución variable, formada por las bases de comisiones sobre ventas y el porcentaje de retribución variable, pasando a gestionarse toda la retribución variable por el plan de incentivos comercial correspondiente (...).*
- *Art. 40.- Disponibilidad. - Para la atención del servicio, el personal que preste sus servicios en Unidades que requieran un mantenimiento u operación permanente podrá ser requerido con carácter obligatorio, con el fin de estar disponible en los casos en el que el servicio así lo requiera. Por cada módulo de 8 horas de disponibilidad, los trabajadores percibirán durante la vigencia del presente convenio, la*

compensación de 33,7€. Así mismo, por actuación realizada hasta un máximo de 3, los trabajadores percibirán una compensación de 13,2€ (...).

Sobre el abono de estos conceptos retributivos en vacaciones se trata en las reuniones de la Comisión de Negociación Permanente del Convenio, indicándose finalmente por parte de Telefónica Móviles España *“El plus de disponibilidad compensa la actividad del trabajador, fuera de la jornada normal de trabajo. Por ello, esta compensado como circunstancias extraordinarias, ajenas a las que producen dentro de la jornada normal de trabajo. En cuanto a los Incentivos Comerciales, están constituidos por módulos de consecución de objetivos anuales y además el devengo de la gratificación asociada al puesto de comercial de carrera comercial se abona al empleado en 12 meses, por ello consideramos que no se produce un menoscabo retributivo para el empleado en el mes de vacaciones. Sin perjuicio de lo señalado, la empresa está en disposición de abordar esta cuestión en la próxima negociación colectiva”*

La Audiencia Nacional dictó sentencia estimando parcialmente la demanda interpuesta por Telefónica Móviles España.

- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 496/2016 DEL 8 DE JUNIO DE 2016

La Confederación General del Trabajo (CGT) y Federación de Servicios de la Ciudadanía de Comisiones Obreras (CCOO), interpusieron demanda ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, suplicando que, en sus vacaciones, los trabajadores del sector del Contact Center, fueran remunerados con el salario base y con la media de los complementos referidos en el art.50 del Convenio Colectivo aplicable.

Su remuneración no integraba en vacaciones lo que hubieran viniendo percibiendo en concepto de comisiones por ventas y/o incentivos a la producción variable en funciones de la actividad realizada derivada del desempeño de su puesto de trabajo.

Tras desestimación de la demanda, se preparó recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

3. EL SISTEMA NORMATIVO DEL DERECHO A VACACIONES EN EL AMBITO LABORAL

El régimen jurídico de las vacaciones en la esfera laboral ha de integrarse acudiendo a muy diversas fuentes, que actúan de forma integrada en estructuras que se unen en lo que se denomina “sistema normativo”.

a. LAS NORMAS INTERNACIONALES

Actualmente las relaciones laborales tienen una proyección que exceden el marco estatal, y lo mismo ha ocurrido respecto al derecho a las vacaciones retribuidas. La creación de una organización internacional específicamente laboral, la Organización Internacional de Trabajo (OIT), y la incorporación de España a la Unión Europea, obligan a analizar las disposiciones internacionales o comunitarias pertinentes.

i. CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNION EUROPEA

Dispone el artículo 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que *“Todo trabajador tiene derecho (...) a un periodo de vacaciones anuales retribuidas”*. La Carta se refiere expresamente al carácter retributivo de las vacaciones, se reconoce así un derecho en el que el trabajador no solo dispone de un periodo amplio de reposo, sino que también se le facilita una renta económica para que pueda disfrutar de manera efectiva del mismo.

Sobre la posible aplicación y eficacia de este artículo de la Carta, en las relaciones entre particulares, en la sentencia 497/2016 del 8 de junio el Tribunal Supremo analizó el contenido del citado artículo aplicando los criterios habituales para determinar la

eficacia directa de una disposición, y llego a la conclusión de que, por su falta de precisión, había la necesidad de ser concretado por normas nacionales o de la Unión, al menos en lo que al importe se refiere, le impide generar eficacia directa como derecho fundamental. De este análisis que realiza el Tribunal en la sentencia se desprende, que si el artículo 31.2 hubiera sido más preciso, hubiera podido aplicarse a una relación horizontal.

Desde diciembre de 2009 la Carta tiene el mismo valor jurídico que los Tratados fundacionales, es decir, tiene rango de Derecho Originario.

La doctrina “Lock” del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, nos afirma sobre este artículo 31 de la Carta, que este derecho a disfrutar de vacaciones anuales retribuidas “debe de considerarse un principio de Derecho social de la Unión de especial importancia, respecto al cual no pueden establecerse excepciones y cuya aplicación por parte de las autoridades nacionales competentes, únicamente pueden efectuarse respetando los límites establecidos expresamente por la propia directiva 2003/88”², que trataremos a continuación.

Con esta doctrina quiero resaltar que, aunque la Carta no tenga eficacia horizontal, es decir, entre particulares como concluyó el Tribunal, no quiere decir que no se deba de respetar la primacía del Derecho de la Unión Europea frente a las legislaciones o practicas nacionales que lo contradigan.

Manifestando esta primacía encontramos que, la prevalencia del Derecho originario sobre el Derecho interno en términos absolutos y globales se manifiesta como en caso de contradicción entre las normas nacionales infra-constitucionales y el Derecho de la Unión. El Juez nacional tiene la obligación de no aplicar la ley interna por su propia autoridad sin esperar a su previa depuración por el propio legislador o la jurisdicción constitucional.³ También esta primacía de la doctrina comunitaria se extrae del artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea, de acuerdo a este artículo la doctrina establecida por el TJUE es vinculante para el Tribunal Supremo y se ha de acatar. En último término esa primacía se manifiesta igualmente en la obligada interpretación de la normativa interna a la luz de la legislación y jurisprudencia comunitarias.

² STJUE, Sala Primera, de 22 de mayo de 2014, caso Lock, TJCE 2014/191, asunto C-539/12

ii. DIRECTIVA 2003/88/CE

En el último periodo ha tenido especial relevancia la directiva 2003/88CE, anteriormente Directiva 93/103/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Se trata de una regulación dedicada a la fijación de normas sobre la limitación del tiempo de trabajo y el derecho al descanso del trabajador. Dentro de esta cuestión se enmarca el artículo 7 de la Directiva, el cual regula el derecho a las vacaciones. Este menciona que *“los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para que los trabajadores dispongan de un periodo de, al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad a las condiciones de obtención y concesión establecidas por la regulación nacional”*.

Si bien la Directiva parece aportar bastante poco a la regulación de la retribución de las vacaciones, tiene una gran relevancia la interpretación de la jurisprudencia sobre esta Directiva.

La eficacia de las Directivas de la UE es limitada, siempre que estas sean suficientemente precisas podrían invocarse por particulares, pero siempre en el ámbito de las relaciones de particulares con el Estado, no entre particular y particular.

No obstante, las Directivas pueden ser directamente aplicadas en los Estados miembros en los supuestos de falta de ejecución o ejecución incorrecta, pero se ha de tener en cuenta que, al operar como garantía mínima, su contenido ha de ser incondicional y preciso tal como exige el TJUE.

Las anteriores referencias jurisprudenciales del TJUE permiten concluir que para que el derecho contenido en una Directiva ostente eficacia directa entre particulares, no solo es preciso la inclusión de tal derecho en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, sino que también no se vea necesitado de una expresa regulación legal y sea “suficiente por sí mismo para conferir un derecho subjetivo”.

La suficiencia no cabe en la expresión “vacaciones anuales retribuidas” utilizada por el 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, porque no tiene la debida concreción, en lo que a retribución se refiere, como para generar su eficacia directa como derecho fundamental. En ese aspecto retributivo, debido a su impreciso alcance ha

sido la causa de varios litigios ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Supremo y los muchos órganos jurisdiccionales españoles.

iii. CONVENIO 132 OIT SOBRE VACACIONES PAGADAS

Los convenios de la OIT, igual que el resto de los Tratados sometidos a ratificación, se incorporan en el sistema de fuentes español una vez publicados en el BOE. La Constitución Española dedica en su art. 96.1, a la recepción de los tratados internacionales dentro de nuestro ordenamiento jurídico interno. La recepción de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español no requiere, como en los sistemas típicamente dualistas, aprobar una ley que transforme el tratado internacional. Tampoco se está ante un sistema “monista” puro, en el que la recepción del tratado sería totalmente automática, bastando con su entrada en vigor en el orden internacional.

Sin embargo, la aplicabilidad directa o no de los tratados depende de que sus disposiciones tengan carácter self-executing o non self-executing, es decir, que la redacción de sus disposiciones sea lo suficientemente precisa como para que permita su aplicación, sin que sea necesario el desarrollo posterior legislativo o reglamentario (normas self executing) o, por el contrario, requieran este desarrollo posterior para que sean operativas (normas non self executing). Este carácter dependerá del contenido de cada Convenio e incluso de los preceptos de un mismo Convenio⁴. Muchos de los preceptos contenidos en las normas de la OIT necesitaran desarrollo posterior para que sean operativos, ya que dichas normas cumplen fundamentalmente una labor de armonización entre legislaciones laborales diferentes.⁵

Dentro de la normativa de la OIT hemos de contar con el importante Convenio 132. La relevancia de esta regulación se comprende en tener en cuenta que, frente a la escasa regulación nacional, estamos ante el instrumento que dedica más atención a la regulación del derecho a las vacaciones retribuidas, contenido en una regulación mucho más meticulosa y detallada que la normativa nacional.⁶

⁴ GONZALEZ ORTEGA, S “Las vacaciones anuales retribuidas: Algunos aspectos de su régimen jurídico” R.P.S. núm. 131, julio-septiembre 1981, pág. 249.

⁵ COLAS LEBLANC, J.A. “Los Convenios de la OIT y su incorporación en el Derecho Interno”. R.T. núm. 58, octubre-diciembre, 1974, pag.34

⁶ GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I “Manual de Derecho de Trabajo”

Su artículo 7.1 nos cita que, *“Toda persona que tome vacaciones de conformidad con las disposiciones del presente Convenio percibirá, por el período entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado”*. Por lo tanto, no se podrá desconectar el principio de retribución del descanso vacacional, no obstante, el derecho laboral interno deberá desarrollarlo.

El principal problema que plantea el Convenio 132 OIT es el de su eficacia. Frecuentemente se acepta que carece de carácter auto-ejecutivo, lo que supone que para dotar de real eficacia a esta regulación sea necesaria su transposición al ordenamiento interno a través de las diferentes fuentes del derecho existente. Por lo tanto, no estamos ante una norma internacional que deba ser recibida de manera automática por nuestro ordenamiento (pese a que haya sido publicada y ratificada), sino que exige el desarrollo de medidas legislativas para que se incorpore de manera eficiente⁷, como dice su artículo primero: *La legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que esto no se haga por medio de contratos colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, procedimientos legales para la fijación de salarios o de otra manera compatible con la práctica nacional que sea apropiada a las condiciones del país.*

La cuestión de la cuantía de la retribución correspondiente al periodo vacacional es tema idóneo para la negociación colectiva. El aspecto más conflictivo que ha generado este carácter “non self executing” es en la relación entre el Convenio 132 OIT y los convenios colectivos. Los tribunales tradicionalmente entendían que el Convenio OIT era subsidiario del convenio colectivo, teniendo solo aplicación en defecto de regulación específica contenida en este último⁸.

b. CONSTITUCION ESPAÑOLA

⁷ STS de 13 de septiembre de 1998, RJ 1988,6885.

⁸ Doctrina que surge en orden a determinar la normativa aplicable de forma preferencial en materia relativa a la cuantía de la retribución del periodo vacacional y que se recoge entre otras en SSTs 13 de abril 1994 y 21 de octubre de 1996

La Constitución Española de 1978 alude directamente a las vacaciones periódicas retribuidas en su artículo 40.2. Nuestra constitución no configura las vacaciones retribuidas como un derecho fundamental, ni como derecho del ciudadano, ni más específicamente como derecho del trabajador, sino como un instrumento para garantizar el descanso necesario.

El artículo 40.2 del a Constitución Española prescribe que *“Asimismo, los poderes públicos fomentaran una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velaran por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizaran el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”*. Este artículo se incluye dentro del capítulo IV “De los principios rectores de la política social y económica”, Título I “Derechos y Deberes fundamentales”; esta ubicación conlleva un nivel de protección determinado y podríamos destacar de esta ubicación que las vacaciones anuales retribuidas no generan un derecho subjetivo⁹, para que ello sea considerado un derecho constitucional como tal, en sentido riguroso, es necesario que el ordenamiento jurídico reconozca a su titular la posibilidad de exigir ante un órgano jurisdiccional la satisfacción de la obligación incumplida¹⁰ y en virtud del artículo 53.3 CE, los principios rectores de la política social y económica insertos en el capítulo III, Título I(...) solo podrán ser alegados entre la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen, por tanto, los ciudadanos no podrán dirigirse a un tribunal ordinario requiriendo su cumplimiento por los poderes públicos.

Los poderes públicos garantizan el descanso necesario mediante las vacaciones periódicas retribuidas exclusivamente a los sujetos de una relación laboral o de una relación de carácter administrativo estatutario al servicio de las Administraciones Publicas. Por varios motivos, la Constitución configura las vacaciones periódicas con un carácter retribuido, esta previsión solo tiene sentido en las relaciones de trabajo por cuenta ajena, además este precepto tiene como finalidad garantizar derechos relacionados con el trabajo, por tanto, no será de aplicación a toda la ciudadanía.

Si examinamos el contenido del precepto constitucional, más concretamente “vacaciones periódicas retribuidas”, entendemos que existe un reconocimiento

⁹ ZORRILLA RUIZ, M M.^a. Influencias constitucionales en el Derecho del Trabajo. Universidad de Deusto. Bilbao, 1979, pág. 52

¹⁰ PRIETOS SANCHIS, L. garantías de las libertades y derechos fundamentales. Edersa. Madrid, 1984, pág. 436.

constitucional de carácter retribuido de las vacaciones. Del precepto constitucional no se puede deducir que se trate de únicamente salario en sentido fijo.

c. ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

Encontramos en el Estatuto el artículo 38 .1, el cual nos dice “El periodo de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales”. El ET reconoce el derecho de las vacaciones anuales retribuidas a todo trabajador, sin limitaciones o exclusiones; por tanto, a toda persona que preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Es un derecho retribuido, y debe serlo conforme a los módulos habituales del trabajador. El Estatuto declara el carácter retribuido de las vacaciones, sin embargo, no concreta la cuantía de la retribución, por lo que habrá que estar previsto en la normativa sectorial o a los acuerdos individuales entre trabajadores y empresario, teniendo en cuenta el principio de equivalencia contenido en las normas de la OIT.

4. EL PAPEL DEL CONVENIO COLECTIVO EN LA CUANTIFICACION DEL SALARIO DE VACACIONES

Si acudimos a la jurisprudencia vamos a encontrar que, al margen de aclarar qué debe entenderse por salario normal y cuál es el alcance del principio de equivalencia que expondremos posteriormente, se ha seguido una senda interpretativa totalmente diferente para determinar cuál es el salario de vacaciones: la jurisprudencia ha acudido al convenio colectivo como criterio fundamental para resolver los problemas relativos a la cuantificación del salario de vacaciones. La jurisprudencia ha dejado prácticamente de lado el Convenio 132 OIT, como instrumento para rellenar la laguna legal existente en el art. 38.1 ET, remitiéndose a los convenios colectivos y a lo que en ellos se regula

sobre la cuantificación del salario de vacaciones, de manera que se aplica la regulación OIT solo en defecto de la negociación colectiva¹¹.

El artículo 38.1 ET establece el carácter retribuido de las vacaciones, pero la regulación legal no concreta cual es el salario que debe de pagarse a los trabajadores mientras se encuentran en el disfrute de sus vacaciones, se limita a establecer el derecho a las vacaciones pagadas, sin especificar la cuantía del mismo. Para cubrir dicha laguna se acude a lo dispuesto en el artículo 7.1 del Convenio 132 OIT, que establece que toda persona que disfrute de las vacaciones percibirá durante la misma “por lo menos su remuneración normal o media”. Se establece así un principio de equivalencia entre el salario de vacaciones y el percibo durante los meses de trabajo efectivo. No obstante, se va a considerarse norma dispositiva, pues el artículo 7.1 del Convenio 132 OIT finaliza señalando que se tiene derecho a la remuneración normal o media, *“calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado”*, dado que la negociación colectiva tal como reconoce el propio artículo 1 del convenio 132 OIT es un instrumento esencial para facilitar la transposición de esta regulación, es posible utilizar esta vía para concretar el salario a percibir durante las vacaciones. Ello conduce a que se admita por parte de la jurisprudencia que el convenio colectivo pueda eliminar de la retribución de vacaciones complementos salariales que bien podrían considerarse como integrantes de la retribución normal o media. En la práctica, el convenio 132 OIT sería de aplicación cuando el convenio colectivo no regulase la cuantía del salario de vacaciones.¹²

Teniendo en cuenta que la necesidad de concretar la retribución reside en el ordenamiento interno, y que no hay regulación legal alguna sobre el salario de las vacaciones, no cabe más alternativa que acudir a la negociación colectiva para solventar el problema interpretativo. En otras palabras, la autoridad competente u organismo apropiado en nuestro país sería el convenio colectivo, actuando como una fuente más de nuestro ordenamiento jurídico. De otro lado también puede argumentarse que este carácter dispositivo se establece con carácter general en el propio artículo 1 del Convenio nº 132 OIT, pues dicho precepto afirma que *“La legislación nacional dará*

¹¹ ALFONSO MELLADO, C.L y PEÑA OBIOL, S: “Vacaciones, fiestas y descanso semanal”, pp. 49 y 50, Tirant Lo Blanch, Valencia (1996)

¹² STS de 9 de noviembre de 1996, (Aranzadi, RJ 8414), que señala como la “normativa internacional es subsidiaria del convenio colectivo y se aplicará cuando el convenio no contenga una regulación específica (...) de acuerdo con lo prevenido en el propio artículo 1 del citado Convenio 132, aquella disposición solo tiene aplicación en defecto de lo acordado en el convenio colectivo”

efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que esto no se haga por medio de contratos colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, procedimientos legales para la fijación de salarios o de otra manera compatible con la practica nacional que sea apropiada a las condiciones del país". Es decir, que hay una remisión a la negociación colectiva, y la regulación legal solo actúa cuando la negociación no establezca la regulación pertinente.

El artículo 38.1 ET regula expresamente una relación de complementariedad con los convenios colectivos. El precepto fija un mínimo (30 días naturales de vacaciones) mejorables por pacto colectivo o contrato individual, pero ahí no se agota la relación Ley-convenio colectivo en esta materia. Es también evidente que la retribución de las vacaciones es algo más que una exigencia mínima de la Ley mejorable por pacto, puede pactarse el periodo de vacaciones y mejorar el número de los días de disfrute, pero no cabe ningún pacto sobre la exigencia de remuneración de las vacaciones, es un derecho irrenunciable.

Sin embargo, queda un papel de colaboración al convenio en la exigencia de la Ley: desarrollar la expresión "retribuidas". La remuneración ha de ser la normal o media, pero esa expresión encierra el margen de complementariedad que la Ley otorga a la negociación colectiva y llega hasta entregar en esta materia al convenio colectivo la función típica de precisar o especificar los factores de cálculo de la retribución de las vacaciones, complementando la regla general de remuneración normal o media¹³ o, incluso, "*el convenio puede apartarse del tal regla de remuneración normal o media del periodo de vacaciones, siempre y cuando se respete el cómputo anual de los mínimos indisponibles del derecho necesario*"¹⁴. El convenio colectivo puede excluir conceptos salariales propios de la retribución de la jornada ordinaria, sin afectar en cómputo anual el cómputo total de la retribución¹⁵.

La negociación colectiva, además de tener una función de integración del ordenamiento, cumple con ser el sistema apropiado para establecer el sistema de cálculo exigido por el Convenio 132 OIT para fijar la remuneración normal o media. Incluso la doctrina anterior apuntaba que la negociación colectiva podía excluir conceptos computables en la remuneración de las vacaciones o fijar que las vacaciones "*solo se retribuyen*

¹³ ALVAREZ DE LA ROSA, M: "La retribución de las vacaciones", Tribuna Social, núm. 38 (1994), pág. 38.

¹⁴ STS de 21 de enero de 1992, (Aranzadi, RJ 1992/59)

¹⁵ STS. 14 de octubre de 1992, (Aranzadi, RJ 1992/7631).

conforme al salario base, antigüedad y pluses de transporte”¹⁶. Es decir era perfectamente viable que los convenios colectivos establecieran una cuantificación de salario de vacaciones por debajo de lo que pueda entenderse como normal o media; la normativa de la OIT en este punto era totalmente dispositiva para el convenio colectivo, por lo tanto los convenios colectivos podían añadir a la retribución de las vacaciones conceptos salariales que superen la retribución normal o media, como establecer remuneraciones que excluyan complementos salariales que pueden ser considerados ordinarios¹⁷. Se reconocía así que el convenio podía apartarse de la regla general por la que se establece una remuneración normal o media, siendo aceptable para la jurisprudencia retribuciones por las que se excluían complementos salariales que retribuyen el trabajo ordinario.

En conclusión, para determinar la cuantía del salario de vacaciones, dada la ausencia de norma legal se debía acudir a lo regulado sobre esta cuestión en el convenio colectivo aun cuando fuese contrario al principio de equivalencia previsto en el Convenio 132 OIT¹⁸.

Las importantes SSTS 8 de junio de 2016 rectifica expresamente esta doctrina. La sentencia reconoce a la negociación colectiva un grado de discrecionalidad a la hora de determinar la retribución “normal o media”, pero sin que pueda llegar a la “distorsión” de este concepto y hacerlo irreconocible.

Por lo tanto, hemos de llegar a la conclusión de que el Convenio 132 OIT fue desvalorado por parte de la jurisprudencia laboral española al otorgarle un carácter meramente subsidiario respecto de los instrumentos normativos nacionales.

Probablemente la respuesta que dio la jurisprudencia tiene su fundamento en que el Convenio 132 OIT no especificaba que debía entenderse por salario normal, y dado que la regulación legal española tampoco lo hace, es mucho más simple remitirse a la negociación colectiva para que sea ella quien resuelva la cuestión, que proceder a una interpretación sistemática de cuáles son los complementos que se integran dentro de la “normalidad”.

¹⁶ STS 14 de octubre 1992 (Aranzadi, RJ 1992/7631).

¹⁷ ALVAREZ DE LA ROSA, M: *op. Cit.*, p.38

¹⁸ STS de 16 de diciembre de 2005, Ar. 330.

Sin olvidar la Directiva 2003/88 y la jurisprudencia comunitaria, sobre todo las SSTJCE de 16 de marzo de 2006, caso Robinson- Steele¹⁹ y de 20 de enero de 2009, caso Schult-Hoff²⁰, el artículo 7 de la Directiva mencionada ha de ser interpretado en el sentido de que el trabajador tiene derecho a unas vacaciones en las que debe de percibir la retribución ordinaria por dicho periodo de descanso. Pues bien, si hemos de interpretar la “retribución ordinaria” a la que se refiere la jurisprudencia comunitaria, admitiríamos que la jurisprudencia española que admitía la posibilidad de que el convenio colectivo podía establecer una retribución inferior a la habitualmente percibida por el trabajador, esto era contrario al ordenamiento de la UE y en concreto de la Directiva 2003/88.

Ahora bien, dado que el salario de los trabajadores en cuestión estaba integrado por los diferentes conceptos, algunos salariales y otros no, la STJUE de 15 de septiembre de 2011 caso Williams y otros²¹, se planteó la necesidad de analizar en concreto dichas percepciones retributivas para entender o no, que deban incluirse en el salario de vacaciones. Pues bien, ninguna discusión se planteó sobre la cuantía fija anual, siendo evidente que es retribución ordinaria; el problema residió en los otros conceptos retributivos de carácter variable.

En cuanto al cálculo de la cuantía de la retribución, al existir un importante componente variable, la STJUE apostó por acudir a un promedio: “corresponde al juez nacional apreciar la existencia de un vínculo característico entre los diversos elementos que constituye la remuneración global del trabajador y la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo. Dicha apreciación debe realizarse sobre la base de una media sobre un periodo de referencia que considere representativo”.

En definitiva, es evidente que la interpretación que se realizó por parte de la jurisprudencia europea favorecía la aplicación estricta del principio de equivalencia. Por lo tanto, también es claro que ello supone cuestionar la jurisprudencia española por la que puede llegarse perfectamente a la conclusión de que, mediante lo regulado en convenio colectivo, se podía abonar al trabajador un salario inferior al normal o habitual.

¹⁹ STJCE, Sala Tercera, de 16 de marzo de 2006, caso Robinson-Steele, TJCE 2006/81, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04 (conceptos integrantes retribución de vacaciones).

²⁰ STJCE, Gran Sala, de 20 de enero de 2009, caso Schultz-Hoff, TJCE 2009/7, asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06 (conceptos integrantes retribución de vacaciones).

²¹ STJUE, Sala Primera, de 15 de septiembre de 2011, caso Williams y otros, TJCE 2011/272, asunto C-155/10 (conceptos integrantes retribución de vacaciones).

5. LA RETRIBUCION COMO ELEMENTO DEL DERECHO DE LAS VACACIONES

El derecho a vacaciones es inseparable del derecho a percibir una remuneración durante el periodo de duración de las vacaciones. La configuración actual del derecho a las vacaciones está íntimamente unida a la consideración de que se tratan de vacaciones retribuidas: desde la perspectiva internacional el propio título del Convenio numero 132 OIT señala que se regula las “vacaciones anuales pagadas”. En el mismo sentido, la normativa comunitaria, pues en la Directiva 2003/88/CE, en su artículo 7.1 establece que los Estados miembros deben actuar para regular el derecho de los trabajadores a disponer de un periodo de “vacaciones anuales retribuidas”.

Desde la perspectiva nacional, la Constitución en su artículo 40.2 regula que los poderes públicos deben fomentar con su actuación “las vacaciones periódicas retribuidas”; y la normativa legal, en concreto el artículo 38.1 ET se refiere al periodo de “vacaciones retribuidas”. De este precepto destacan que cualquiera que sea el periodo pactado como vacacional ha de retribuirse en la misma cantidad que si fuera tiempo de trabajo. No cabe, en la expresión del artículo, un acto que rompa unión entre el descanso y retribución.

Dicho esto, podemos concluir que el derecho de vacaciones no se limita a configurarse como un derecho del trabajador a descansar anualmente, sino que, además, dicho descanso se caracteriza por ser retribuido. Se puede afirmar que descanso y retribución son los dos elementos esenciales que configuran el derecho a las vacaciones, de manera que, son dos términos inseparables. Por lo tanto, el derecho a las vacaciones consiste en el derecho del trabajador a interrumpir su prestación de trabajo durante un periodo de tiempo, percibiendo la retribución correspondiente a dicho periodo. De modo que, el régimen jurídico de las vacaciones se inserta, no solo en el ámbito normativo del tiempo de trabajo, sino también en el estrictamente salarial. En el artículo 26.1 del ET se conceptúa al salario como “la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma

de remuneración, o los periodos de descanso computable como de trabajo”, debiendo de considerar las vacaciones como uno de estos periodos de trabajo²².

Lo dispuesto en el artículo 38 ET y el Convenio 132 OIT, obliga a concluir que la retribución de las vacaciones ha de ser la retribución normal o media que perciba el trabajador durante la prestación efectiva del trabajo. Esta retribución media o normal incluye, en la estructura de salario, al salario base y a determinados complementos salariales que regulan el trabajo “normal”. Pero resulta que las disposiciones legales citadas no aclaran que se entiende por retribución normal o media. La jurisprudencia o el espacio que la ley conceda a los convenios colectivos, deberá interpretar o complementar el mandato de retribuir las vacaciones.

a. LA CUANTIA DE LA RETRIBUCION: EL SALARIO NORMAL Y EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA.

Como hemos dicho anteriormente, el derecho a vacaciones implica su retribución y esto no genera la más mínima duda, pero, ¿cuál es la retribución que ha de abonarse al trabajador como parte del derecho a las vacaciones? Ahora nos enfrentemos a otro problema diferente, la cuantificación del salario de vacaciones. Esta cuestión es ciertamente problemática, puesto que la regulación nacional no establece ningún criterio para determinar cuál ha de ser el salario que deba abonarse al trabajador durante el disfrute de las vacaciones ni cuáles son los conceptos retributivos que integraran este salario de vacaciones.

Ante la existencia de esta laguna legal debemos acudir a las otras fuentes del derecho mencionadas anteriormente, más concretamente al Convenio 132 OIT o a la negociación colectiva. Existen, por tanto, alternativas normativas para la concreción del salario de vacaciones y si existen diversas fuentes del derecho que regulan esta cuestión, se entiende que la laguna legal deberá cubrirse respetando el principio de jerarquía normativa. Por tanto, el convenio colectivo deberá de respetar no solo la regulación legal, si no la regulación procedente del Convenio 132 OIT por tener mayor rango jerárquico.

²² ALVAREZ DE LA ROSA, M: (1994), *op. Cit*, p.36.

El artículo 7.1 del Convenio 132 OIT establece una regla que tiene especial importancia, los trabajadores que tomen vacaciones percibirán “por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se tratan de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado”. Establecemos así un criterio que ayuda en la concreción de cuál ha de ser la cuantía del salario de vacaciones, pues el trabajador ha de percibir el salario normal o medio durante las vacaciones, lógicamente ese salario normal o medio se refiere el percibido por el trabajador en los periodos de prestación efectiva de trabajo. Es lo que podría denominarse como principio de equivalencia en la retribución de las vacaciones²³ Es evidente cual es la intención del Convenio: facilitar al trabajador que puede mantener el nivel de vida habitual que consigue normalmente con la retribución del trabajo.²⁴ Ahora bien, ¿qué debemos entender por salario normal?

El artículo 7.1 del Convenio 132 OIT no determina cuál es, en concreto, la cuantía del salario de vacaciones más aun tan siquiera establece que debe entenderse por salario normal o medio, si no que al respecto se remite a formas de cálculo que determine cada país. Teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento interno cuenta con una laguna legal, los problemas de litigiosidad en este punto son realmente importantes. No obstante, al aludir a una retribución normal o media, nos está facilitando un punto de referencia de enorme importancia para resolver esta cuestión. Por normal ha de entenderse aquella que de manera ordinaria recibe el trabajador por el desarrollo de su prestación habitual de trabajo y esta retribución media, es el promedio de las retribuciones mensuales percibidas por el trabajador con anterioridad a las vacaciones. El trabajador tiene derecho a percibir durante las vacaciones una cuantía salarial equivalente a su retribución durante una mensualidad de trabajo ordinario. Ello supone que se incluye dentro de la retribución de las vacaciones la totalidad de las cuantías salariales normales u ordinarias del trabajador, tanto su salario base como (es aquí donde se producen la mayoría de los problemas), los complementos salariales ordinarios.

²³ SSTs de 3 de octubre de 2007, Ar.7908; SSTSJ de Castilla y León de 23 de junio de 2010, AS/2010/2164

²⁴ GORELLI HERNANDEZ. J. “El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones”, Ed. Tecnos (2014) p. 71

Por lo tanto, a la hora de calcular el salario de vacaciones hemos de tomar como modelo el salario percibido en un momento en que el trabajador haya desarrollado una prestación de servicio de manera ordinaria, es decir, sin que el trabajador haya atravesado una prestación de incapacidad temporal, o haya disfrutado de unos días de permiso sin sueldo, etc. Y como consecuencia, el trabajador haya percibo una retribución ordinaria.

Por otra parte, no entraría en el cálculo de la cuantía de vacaciones todos aquellos componentes salariales extraordinarios que retribuyen el desarrollo de prestaciones no ordinarias, sino que tienen un carácter extraordinario por ejemplo la retribución que compensa el exceso de la jornada, es decir, las horas extraordinarias, o exceso de jornada o cualquier actividad extraordinaria que no constituya la retribución normal²⁵.

El papel de la jurisprudencia es especialmente importante a la hora de concretar qué debe de considerarse por retribución normal o media, debido a que hay bastantes problemas interpretativos.

b. COMPLEMENTOS SALARIALES

La normativa internacional de referencia no habla de la retribución “básica”, sino de la normal, por tanto, es comúnmente aceptado que junto con el salario base han de aparecer complementos salariales que el trabajador venga percibiendo en jornada ordinaria.

i. COMPLEMENTOS PERSONALES

Los complementos de carácter personal, en principio, no ofrecen dudas de si deben incluirse o no, ya que, se hallan vinculados directamente a la persona del trabajador y no dependen de la actividad efectiva prestada en un determinado puesto de trabajo.

ii. COMPLEMENTOS DE PUESTO DE TRABAJO Y POR CALIDAD O CANTIDAD DE TRABAJO

²⁵ STS 20 de mayo de 1992. (Arazandi, 1992/ 3581).

Los complementos en función del trabajo realizado plantean mayores dudas de que en la retribución de vacaciones se deban de comprender los complementos de este tipo debido a su dependencia a la actividad laboral, aunque ha de primar la idea de retribuir las vacaciones como periodo efectivamente trabajado y abarcando los conceptos abonables en todo caso.

Teniendo siempre presente el principio de equivalencia, se entiende como así lo ha dicho la jurisprudencia, que deberá atenderse fundamentalmente a la habitualidad de su percepción para que sean exigibles en vacaciones. Se trata de percepciones salariales que se retribuyen de manera habitual y ordinaria, tan solo en el caso de que retribuyesen la vinculación a un puesto de trabajo que se produce de manera esporádica podría plantearse la no inclusión del salario de vacaciones de alguno de estos complementos. Por ejemplo, el complemento de nocturnidad, que se percibe únicamente aquellos días de trabajo en los que la prestación se realiza de noche. Entendemos que si esta prestación se realiza de forma esporádica se deba de excluir de la retribución de las vacaciones, mientras que si la nocturnidad forma parte de la retribución normal del trabajador ha de comprenderse. El artículo 36.1 del ET, dice que el trabajador nocturno es aquel que realiza “normalmente en periodo nocturno una parte no inferior a tres horas de su jornada diaria de trabajo (...)”, con esto evidenciamos que aquel que es trabajador nocturno, evidentemente realiza una prestación de trabajo nocturno habitual. En conclusión, no debe de confundirse el hecho de que ciertos complementos se perciban solo por día de trabajo efectivo, con el hecho de que tales percepciones no sean normales o habituales.

También, los pluses que se abonan por trabajar en festivo, que solo se perciben cuando el trabajador realiza la prestación en festivo (sábados o domingos), pero que al estar sujetos a un sistema de turno no suponen una retribución extraordinaria, sino una compensación de la jornada normal de trabajo²⁶. Obviamente se incluye en el salario de vacaciones los pluses o complementos por turnicidad, por ser un elemento normal de la prestación de trabajo que se realiza²⁷

²⁶ STS de 19 de abril de 2000, (Aranzadi, RJ 2000/4245)

²⁷ STSJ de Castilla y León de 2 de julio de 2009, (Aranzadi AS/2012/2)

En definitiva, sobre la base de la aplicación del convenio colectivo aplicable, han de computar los pluses de turnicidad²⁸, de nocturnidad, toxicidad y conducción²⁹ y festivos³⁰.

1. INCLUSION DE LOS COMPLEMENTOS FIJOS DE CARRERA COMERCIAL Y DISPONIBILIDAD

Como el cálculo de las vacaciones según afirmo en Tribunal Supremo en la sentencia 497/ 2016 de 8 de junio de 2016, no “puede alcanzar la distorsión del concepto salario normal hasta el punto de hacerlo irreconocible”, el Pleno consideró que el complemento “de carrera comercial” percibido por los trabajadores de Telefónica Móviles, recibido en cantidad fija y por 14 pagas en función del nivel de desarrollo alcanzado en la actividad profesional, es un concepto fijo de devengo mensual y que el complemento “de disponibilidad”, percibido como compensación fija a razón de una cantidad por hora, es obligatorio para el personal que presta servicios en unidades que requieran un mantenimiento u operación permanente, por lo que ambos complementos deben ser incluidos en la retribución a percibir durante las vacaciones.

2. INCLUSION DE LAS COMISIONES O INCENTIVOS HABITUALES

En cuanto a los incentivos o las primas para incrementar la productividad, los incentivos por puntualidad, o las comisiones, no podrían incluirse en modo alguno si el trabajador no genera derecho a los mismos, pero deben ser tenidos en cuenta en la retribución de vacaciones si el trabajador tiene derecho a estas cuantías económicas y su abono se realiza de manera habitual, se entenderá que deberá retribuirse el salario “medio”, es decir, el promedio de la retribución percibida a lo largo del año de devengo del derecho a las vacaciones.

Las comisiones son una retribución irregular que se percibe en función del trabajo efectivamente realizado, anteriormente había opiniones favorables sobre su exclusión

²⁸ STSJ Asturias 4 de mayo de 2001 (Aranzadi, AS 2001/1506)

²⁹ STSJ Baleares 15 de abril de 1996 (Aranzadi, AS1996,1365)

³⁰ STSJ Cataluña 11 de diciembre de 2000 (Aranzadi, AS 2001,2251)

del concepto de retribución normal, pero la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea “caso Lock”, finaliza con este litigio declarando que aquellos trabajadores cuyo salario consiste en salario base y comisiones en función de las ventas conseguidas, tienen derecho a que durante el periodo vacacional su retribución incluya ambos conceptos.³¹

En el caso de la sentencia 496/2016 del Tribunal Supremo del 8 de junio, la demanda pretende que se declare contraria a derecho la práctica empresarial de excluir de la retribución de las vacaciones de sus trabajadores las comisiones que estos perciben mensualmente por la ejecución de tareas derivadas de su contrato de trabajo.

A este respecto, el Tribunal Supremo consideró que un concepto como el de comisiones o incentivos a la producción variables, percibidos con normalmente por los trabajadores, deberían ser incluidos en la retribución normal o media a recibir durante sus vacaciones.

La Sala entiende que este concepto “forma parte, también indudablemente, de la retribución común u ordinaria pues no obedece a una mayor dedicación temporal (por ejemplo, prolongación de jornada u horas extras), y tampoco existe dato alguno que permita entender que su abono en vacaciones constituyera reiteración o duplicidad del mismo (lo que podría suceder, por ejemplo, si se tratara de un “bonus”, una participación en beneficios o algo similar, y su retribución fuera anual y por tanto ya se hubiera percibido el pago de todo el año).”³²

Por tanto, estos incentivos o comisiones deben de ser tratados como un modo de retribución común que, como el salario base o el resto de complementos expresamente previstos en el convenio colectivo de la empresa, ha de abonarse a los trabajadores durante su periodo vacacional, puesto que esa es la mejor forma de cumplir con lo expuesto en el artículo 7.1 del Convenio 132 de la OIT (“remuneración normal o media”), que es la disposición directamente aplicable al caso.

iii. COMPLEMENTOS EN ESPECIE

Tal y como dice el ya mencionado artículo 7 del Convenio de la OIT 132 todo trabajador durante las vacaciones percibirá “por el período entero de esas vacaciones,

³¹ STJUE, Sala Primera, de 22 de mayo de 2014, caso Lock, TJCE 2014/191, asunto C-539/12 (conceptos integrantes retribución de vacaciones).

³² STS 496/2016 de 8 de junio (Aranzadi, RJ 2016/2345)

por lo menos su *remuneración normal o media* (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado”.

Sobre este salario en especie, deberá de efectuarse el cálculo de las retribuciones de este tipo que percibe el trabajador, abonándose mediante una estimación en efectivo, cuando el disfrute de las vacaciones no permita seguir proporcionando dichos beneficios en especie.

iv. SITUACION Y RESULTADO DE LA EMPRESA

Aquí se comprenden la participación en beneficios y las gratificaciones, primas o “bonus” en función de las ventas o facturación, al ser de percepción puntual e independiente de la prestación laboral del trabajador, resulta ficticio cuestionar su abono durante las vacaciones.

1. EXCLUSION DEL BONO ANUAL POR OBJETIVOS

Por el contrario, la sala estimó que el bonus de devengo anual en función de objetivos percibido por los trabajadores de Telefónica no debía incluirse, ya que consideró que se trataba, en el supuesto, de un concepto extraordinario, puesto que es variable y además está subordinado a los resultados personales como a resultados hipotéticos de la empresa, y retribuye de por si las vacaciones incluidas en el periodo anual considerado, por lo que no se añade al importe a percibir durante el periodo vacacional.

6. CONCLUSIONES

Debido a la importancia de la doctrina comunitaria en nuestro ordenamiento jurídico, los Tribunales tienen la necesidad de replantearse una nueva visión de las vacaciones que tenga como objetivo superar opiniones antiguas adoptadas en numerosas sentencias.

El tratamiento jurisprudencial de la retribución de las vacaciones era un planteamiento poco uniforme y seguro. La delegación que hacían los tribunales a la regulación de esta retribución en la negociación colectiva provocaba que, en algunos casos al no incluir todos los conceptos retributivos ordinarios, se puede disuadir a los trabajadores de ejercer su derecho a las vacaciones anuales retribuidas, puesto que veían como el ejercicio de las mismas provocaba una reducción en su salario.

El TS en sus dos sentencias del 8 de junio aclaró que la retribución de las vacaciones sigue el principio de equivalencia, entendido como la conservación de la totalidad de la retribución que venga percibiendo el trabajador con la sola excepción de aquellas retribuciones consideradas como extrasalariales y todas aquellas cantidades que no consten habitual y continuamente su percepción.

Llega a esta conclusión mediante la interpretación del artículo 7 del Convenio 132 de la OIT y su expresión “calculada en la forma...” que no puede alcanzar la distorsión de un concepto “normal o medio” hasta el punto de hacerlo irreconocible, satisfaciendo así la finalidad del descanso efectivo de las vacaciones retribuidas.

Pero algo que creo que el Tribunal Supremo se omite de analizar es el artículo primero de dicho Convenio 132, el cual nos dice *“La legislación nacional dará efecto a las disposiciones del presente Convenio en la medida en que esto no se haga por medio de contratos colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, procedimientos legales para la fijación de salarios o de otra manera compatible con la práctica nacional que sea apropiada a las condiciones del país.”* Por lo tanto, entendemos que esta forma de remisión es en los convenios colectivos y a lo que en ellos está regulado sobre la cuantía del salario de vacaciones, de manera que se aplica la regulación de la OIT y, por tanto, el principio de equivalencia mencionado el artículo 7.1, solo en defecto de la negociación colectiva, dándole así, un papel prioritario al convenio colectivo sobre las normas legales. Lo que lleva a que nos preguntemos si esta remisión está alterando el principio de jerarquía.

Por lo tanto y atendiéndonos a lo que nos dice el art. 1 del 132 OIT, el problema de la retribución de las vacaciones se resolvería primeramente en revisar lo regulado en el convenio colectivo, sin tener en cuenta las normas legales porque estas, no establecen las formas de cálculo.

Una crítica hacia estas sentencias, sobre todo hacia la 497/2016, es que considero que hay una argumentación “innecesaria” sobre la eficacia de los Convenios y Directivas, que se podría entender como unas pautas que el Tribunal Supremo dirige hacia el resto de los Tribunales, pero sigue sin resolver el verdadero problema de esta cuestión, establecer un cálculo general para que esta retribución “normal o media” sea igual en todos los casos o como interpretar todos aquellos conceptos variables más comunes existentes en la retribución de los trabajadores. Sobre todo, en aquellos conceptos donde surgen las dudas como los complementos atribuibles a circunstancias relativas al concreto “trabajo realizado” (esporádica nocturnidad, aislada turnicidad, las horas extraordinarias, pero con cierta reiteración...) y cuya calificación como retribución ordinaria o extraordinaria seguirá perteneciendo al criterio de los convenios colectivos y a la habitualidad de su ejecución.

Además, valoro, que el Tribunal no tuvo en cuenta la situación real del disfrute a vacaciones, puesto que en muy pocos casos se disfrutaban de manera seguida, si no que se suelen disfrutar de manera dispar complicándose aún más el cálculo de su retribución.

En conclusión, se ha modificado parcialmente esta doctrina del Tribunal Supremo a favor de los trabajadores de estas dos sentencias, pero como bien recalca el TS en estos supuestos debe de procederse a un “examen casuístico de cada supuesto concreto” en función del contenido de cada convenio colectivo.

7. BIBLIOGRAFIA

ALFONSO MELLADO, C.L y PEÑA OBIOL, S: “Vacaciones, fiestas y descanso semanal”, Tirant Lo Blanch, Valencia (1996)

ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “La retribución de las vacaciones”, *Tribuna Social*, nº 38, 1994.

CHARRO BAENA, P., El derecho a vacaciones en el ámbito laboral, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1993.

COLAS LEBLANC, J.A. “Los Convenios de la OIT y su incorporación en el Derecho Interno”. R.T. núm. 58, octubre-diciembre, 1974.

GARCIA-PERROTE ESCARTIN, I “Manual de Derecho de Trabajo”, 6º Edición, Ed, Tirant lo Blanch.

GONZALEZ ORTEGA, S “Las vacaciones anuales retribuidas: Algunos aspectos de su régimen jurídico” Revista de Política Social. núm. 131, julio-septiembre 1981.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., “El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones: de la jurisprudencia comunitaria a la regulación estatutaria”, *Relaciones Laborales*, nº 1 de 2014.

GORELLI HERNANDEZ. J. “El derecho al disfrute efectivo de las vacaciones”, Ed. Tecnos (2014) p. 71

GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Sobre el necesario retorno al principio de equivalencia en el salario de vacaciones”, en *Revista de Derecho Social*, nº 67, Julio 2014.

SEMPERE NAVARRO, A.V., “Régimen jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas”, RPS, nº 130 y 131, 1981.

SEMPERE NAVARRO, A.V, y CHARRO BAENA, P., Las vacaciones anuales, Aranzadi, Navarra, 2003.

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA JUDICIAL

- TRIBUNAL SUPREMO

STS de 13 de septiembre de 1988, (Aranzadi, RJ 1988,6885), despido, alcance del art.7 del Convenio 185 OIT.

STS de 21 de enero de 1992, (Aranzadi, RJ 1992/59), eficacia de lo estipulado en convenio colectivo, conceptos excluidos a efectos de retribución vacaciones.

STS 20 de mayo de 1992. (Aranzadi, 1992/ 3581), retribución de las vacaciones

STS 14 de octubre 1992. (Aranzadi 1992/7631), complementos retribuibiles en las vacaciones.

STS de 9 de noviembre de 1996, (Aranzadi RJ 8414), retribución de vacaciones, complementos aplicables, plus nocturnidad en vigilancia y seguridad.

STS de 19 de abril de 2000, (Aranzadi, RJ 2000/4245), conceptos incluidos y excluidos de la retribución de vacaciones.

STS de 16 de diciembre de 2005, (Aranzadi, RJ 2005/330, plus de toma y deje concepto excluido de la retribución de las vacaciones.

STS de 3 de octubre de 2007, (Aranzadi, Ar.7908), vacaciones conceptos computables, los previstos por convenio colectivo y no otros, aunque no se excluyan expresamente en el mismo, plus de penosidad, toxicidad y peligrosidad.

STS 496/2016 de 8 de junio de 2016,(Aranzadi, RJ 2016/2345), la fijación o establecimiento de la retribución “normal o media” de las vacaciones por parte de la negociación colectiva admite un comprensible grado de discrecionalidad, pero no puede distorsionar el concepto hasta haber irreconocible, de forma que la citada retribución ha de comprender todos los conceptos ordinarios y únicamente cabría excluir los extraordinarios o los que pudieran suponer un doble pago, en el supuesto analizado han de incluirse comisiones e incentivos.

STS 497/2016 de 8 de junio de 2016 (Aranzadi, RJ 2016/2348), retribución de las vacaciones, la retribución “normal o media” puede fijarse por la negociación colectiva aunque en una interpretación conforme al artículo 7.1 del Convenio 132 IT y el artículo 7 de la Directiva 2003/88, la citada retribución ha de comprender los conceptos ordinarios y excluir los extraordinarios, en el caso de incluyen plus de disponibilidad y le complemento de carrera comercial, que son conceptos fijos de percepción mensual y se excluye el bonus, concepto extraordinario y de devengo anual.

- TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

STSJ de Cataluña 2 de noviembre de 1999, (Aranzadi, AS 1999/3961), retribución vacaciones, legislación aplicable, concepto excluidos por convenio colectivo.

STSJ Cataluña 11 de diciembre de 2000 (Aranzadi, AS 2001/392), retribución de vacaciones, conceptos computables: pluses de nocturnidad y festivos.

STSJ Asturias 4 de mayo de 2001 (Aranzadi, AS 2001,1506), vacaciones, alcance de conceptos computables, inclusión de complemento de jornada ininterrumpida.

STSJ de Castilla y León de 2 de julio de 2009, (Aranzadi, AS/2012/2), en la retribución anual de vacaciones se debe de incluir el plus de turnicidad por no haber sido expresamente excluido por el convenio colectivo de aplicación.

STSJ de Castilla y León de 23 de junio de 2010, (Aranzadi, AS/2010/2164), retribución de vacaciones, derecho a percibir durante el disfrute de las vacaciones

anuales la media de lo percibido por todos los conceptos salariales durante los tres meses anteriores a ese disfrute.

STSJ Baleares 15 de abril de 1996 (Aranzadi, AS 1996,1365), alcance de conceptos computables y legislación aplicable.

- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJCE, Sala Tercera, de 16 de marzo de 2006, caso Robinson-Steele, TJCE 2006/81, asuntos acumulados C-131/04 y C-257/04 (conceptos integrantes retribución de vacaciones).

STJCE, Gran Sala, de 20 de enero de 2009, caso Schultz-Hoff, TJCE 2009/7, asuntos acumulados C-350/06 y C-520/06 (conceptos integrantes retribución de vacaciones).

STJUE, Sala Primera, de 15 de septiembre de 2011, caso Williams y otros, TJCE 2011/272, asunto C-155/10 (conceptos integrantes retribución de vacaciones).

STJUE, Sala Primera, de 22 de mayo de 2014, caso Lock, TJCE 2014/191, asunto C-539/12 (conceptos integrantes retribución de vacaciones).